

II.-Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

POR MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA Y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO.

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

12. HIPOTECAS.—INDIVISIBILIDAD Y CANCELACIÓN PARCIAL DE HIPOTECA. SEGREGACIÓN Y DIVISIÓN DE FINCA HIPOTECADA. TERCER POSEEDOR DE FINCA GRAVADA CON HIPOTECA SOLIDARIA.

EN EL CASO DE CANCELACIÓN PARCIAL, DE LA QUE RESULTA INDIRECTAMENTE UNA DISTRIBUCIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO ENTRE LAS VARIAS FINCAS PROCEDENTES DE LA DIVISIÓN DE LA HIPOTECA, SE REQUIERE, ADEMÁS DEL CONSENTIMIENTO DEL ACREEDOR, LA CONFORMIDAD DE LOS TERCEROS POSEEDORES DE AQUÉLLAS, A EXCEPCIÓN DE AQUELLOS CUYO GRAVAMEN SEA TOTALMENTE CANCELADO.

Resolución de 17 de marzo de 1969 («B. O.» de 7 de abril).

Antecedentes de hecho.—En escritura autorizada por el Notario de Madrid don Blas Piñar, el 15 de julio de 1950, don Rufino y don Mauricio Cascajero Dombriz constituyeron hipoteca a favor del Banco Hipotecario en garantía de un préstamo, que éste mancomunadamente les concedió de 60.000 pesetas al 4 por 100 de interés y por cincuenta años, en la forma que autoriza el artículo 217 del Reglamento Hipotecario, y garantizándose, además del capital del préstamo, los intereses de tres anua-

lidades y 12.000 pesetas más para costas. La hipoteca recayó sobre una finca en Fuencarral, sobre la que se edificaron tres casas, sitas en la calle de Domingo Pardo, 16 y 18, con vuelta a la de los Montes. En otra escritura de 28 de noviembre del mismo año, don Rufino y don Mauricio constituyeron sobre la misma finca otra hipoteca de iguales características, garantizando otras 40.000 pesetas, intereses y 8.000 para gastos y costas, también a favor del Banco Hipotecario.

Ante don Francisco Núñez Lagos, el 3 de junio de 1955, los dos dueños hipotecantes segregan de la finca una independiente de 248 metros de superficie (parte edificadas) y la venden a don Manuel Furón Ribera. Ante el mismo Notario, el 2 de septiembre de 1955, segregan otra parte de la finca de 164,60 metros cuadrados, en calle de Domingo Pardo, 16, y la venden a don Epifanio Romero López. En otra escritura autorizada por el repetido Notario el 11 de diciembre de 1956, los hermanos Cascajero Dombriz dividieron el resto de la finca en dos independientes: una de 266 metros cuadrados en Domingo Pardo, 18, que se adjudica a don Mauricio, y otra de 80 metros cuadrados en calle de los Montes, número 7, que se adjudica a don Rufino, acordando, en una cláusula de esta escritura, que el importe que se adeuda al Banco por la hipoteca que grava la matriz se pagará a su vencimiento íntegramente por don Mauricio. Todas las escrituras referidas se inscriben en el Registro, excepto la cláusula indicada de la última por su carácter obligacional.

El 24 de junio de 1963, el Comité Ejecutivo del Banco Hipotecario acordó consentir las segregaciones realizadas y autorizar la liberación parcial de la hipoteca mediante la devolución de determinadas cantidades. En escritura otorgada en Madrid el 2 de agosto de 1963 ante su Notario don Francisco Lovaco, don Mauricio vendió la casa que se le había adjudicado en la calle Domingo Pardo, 18, a doña Pilar y don Joaquín González Herraiz.

Y, por último, el 23 de abril de 1964, don Fernando Gutiérrez Soto en nombre del Banco Hipotecario, otorgó ante el Notario de Madrid, don Manuel González Enriquez, escritura de cancelación parcial de hipoteca, en la que, después de referirse al reintegro de cantidades y liquidaciones practicadas, da su conformidad a las segregaciones y divisiones efectuadas y a que la hipoteca subsistente gravitase con exclusividad sobre la casa de la calle Domingo Pardo, 18, solicitando del Registrador la cancelación parcial y el nuevo señalamiento de su volumen.

Presentada esta escritura en el Registro fue calificada con la siguiente nota: "Suspendida la cancelación parcial, porque el acreedor, por si solo no puede elegir qué fincas quedan liberadas y cuáles sujetas al gravamen hipotecario, sin consentimiento del titular de la última. No se ha solicitado anotación preventiva."

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso, alegando: Que el artículo 122 de la Ley establece el principio de indivisibilidad en beneficio del acreedor, al que puede renunciar por acuerdo con el deudor, según el 123; que éste habla del deudor y no de los dueños de las fincas; y de distribución del crédito y no de la responsabilidad hipotecaria, por lo que hay que entender que se está refiriendo a un convenio de división de la relación obligatoria garantizada, en otras varias, y sólo como consecuencia de ello se distribuye la responsabilidad hipotecaria, y teniendo la relación obligatoria carácter bilateral, se requiere el consentimiento de ambas partes; pero sin que haya ninguna expresión en dicha norma de consentimiento formal del titular registral de cada una de las fincas; que el principio de consentimiento formal sólo puede jugar a favor del acreedor y no del titular de la finca; que así resulta de combinar el

apartado 2.º del 123 con el 125; que la hipoteca gravita en su totalidad sobre cada una de las resultantes de la división; que igual que la cancelación de una hipoteca única puede hacerse por consentimiento del acreedor, igual puede cancelarse cualquiera de las varias en que prácticamente se ha transformado la originaria; que los titulares de las fincas nuevas no pueden alegar perjuicio, porque sus fincas respondían ya de la totalidad del crédito; que su situación mejorará al existir reintegro parcial; que se puede distinguir el supuesto de distribución de crédito hipotecario, en el que se exige, de acuerdo con el artículo 123, conformidad del acreedor y deudor, del supuesto de reducción de la deuda sin distribución, en el que no se justifica la aplicación del 123 y por aplicación de las normas generales de cancelación bastará el consentimiento del acreedor; que esta conclusión parece extraerse de la Jurisprudencia registral (Resoluciones de 23 de febrero de 1929 y 12 de julio de 1945) y que en la escritura de división se convino en que la deuda se pagase íntegramente por el adjudicatario de la finca en que ahora se concentra la responsabilidad no cancelada.

El Registrador informó: Que no puede tenerse en cuenta en el recurso un documento no presentado como la escritura de división a que se alude; que doña Pilar y don Joaquín González Herraiz tienen el concepto de terceros poseedores de la finca comprada, la que, por exclusiva decisión del acreedor, sin intervención de ellos, responderá en lo sucesivo de las cantidades no satisfechas de los préstamos originarios; que la Ley no contempla el caso concreto, sin procedimiento judicial, eligiendo el acreedor para que soporte la responsabilidad una finca vendida a tercero y sin que la deuda sea solidaria; que las Resoluciones citadas se refieren a casos en que no había terceros interesados; que la renuncia puede hacerse cuando no haya perjuicios para terceros; que no se trata del derecho del acreedor de repetir sobre todas y cada una de las partes segregadas, sino del posible perjuicio que terceras personas puedan recibir por la unilateral decisión del mismo; que si para dividir un crédito hipotecario entre dos o más fincas se requiere acuerdo de acreedor y deudor (art. 123 de la Ley), no se comprende cómo el acreedor, solo, puede liberar dos o más fincas y concentrar la responsabilidad sobre una constituida por división de la primitiva.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, y el Notario autorizante se alzó de la resolución presidencial, agregando a sus alegaciones anteriores: que la resolución recurrida reconoce que el caso no está regulado en la legislación; que los perjuicios que se tratan de evitar a terceros no existen, puesto que la totalidad de la hipoteca se puede ejecutar sobre cualquiera de las nuevas fincas formadas; que respecto a la no solidaridad de la deuda, las relaciones internas no deben afectar a la cancelación por el acreedor, aparte de que en la escritura de división figuraba la cláusula de la que ya se hizo mención y que la Resolución de 12 de junio de 1945 no hace una excepción con la inexistencia de terceros, sino que refuerza su argumentación con tal inexistencia.

La Dirección General (1) acuerda confirmar el auto apelado y la nota del Registrador en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—Este expediente plantea la cuestión de si puede el acreedor por sí solo cancelar parcialmente una hipoteca que

(1) Vistos los artículos 1860 del Código civil, 119 al 125 de la Ley Hipotecaria, 216 de su Reglamento y las Resoluciones de 23 de febrero de 1929 y 12 de julio de 1945.

recae—como consecuencia de diversas segregaciones y una división material practicada—sobre varias fincas y elegir aquellas que han de quedar libres y aquellas otras sobre las que ha de continuar subsistiendo el gravamen, o bien si para realizar tal operación necesitará el consentimiento del deudor, tal como exige para distribuir la responsabilidad hipotecaria el artículo 123 de la Ley.

Una de las características del Derecho real de hipoteca la constituye su indivisibilidad en el caso de que la finca se divida o se realicen segregaciones, según aparece recogido en los artículos 1.860 del Código civil y 122 de la Ley Hipotecaria, al declarar que subsistirá íntegra sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aun cuando se reduzca la obligación garantizada, indivisibilidad que encuentra su fundamento en la protección al crédito territorial por robustecer la posición del acreedor y que aparece establecida en términos rigurosos en los dos artículos mencionados, sin perjuicio de que en ciertos casos pueda ser alterada.

El artículo 123 de la Ley permite, como excepción al mencionado principio de indivisibilidad de la hipoteca, que cuando la finca hipotecada se divide en dos o más puede distribuirse el crédito hipotecario entre ellas, siempre que haya sido acordado voluntariamente por acreedor y deudor, en cuyo caso, pagada la parte del crédito con que estuviere gravada alguna de las fincas, se podrá exigir, en cuanto a éstas, la cancelación parcial de la hipoteca e incluso podrá elegir el deudor cuando sean varias y, en las circunstancias del artículo 124, cuál de ellas habrá de quedar libre.

En los supuestos contemplados en las Resoluciones de 23 de febrero de 1929 y 12 de julio de 1945, en los que se reducía la garantía hipotecaria al cancelar la hipoteca sobre las nuevas fincas formadas a través de diversas segregaciones, comparecieron todos los interesados—tanto deudores como acreedores—, por lo que era ajustada a derecho e inscribible la operación realizada, mientras que en el caso de este expediente es el acreedor quien unilateralmente procede a cancelar el gravamen sobre todas las nuevas fincas creadas, excepto una, sin que hayan comparecido los dos deudores mancomunados ni tampoco los actuales dueños de los inmuebles o terceros poseedores.

Aun cuando el supuesto objeto de este recurso no está contemplado por la legislación, tiene evidente analogía con el de división del crédito hipotecario antes aludido, que exige el acuerdo de acreedor y deudor, por lo que en el caso de cancelación parcial, de la que resulta indirectamente una distribución del crédito hipotecario, se requerirá, además del consentimiento del acreedor, la conformidad de los que en el Registro aparezcan como adquirentes con posterioridad a la constitución de la hipoteca de las fincas procedentes de la división de la primitiva, a excepción de los dueños de aquellas cuyo gravamen sea totalmente cancelado, ya que, en caso contrario, por el juego de la solidaridad resultante de los artículos 122 y 123 de la Ley Hipotecaria, puede concentrarse el gravamen en forma arbitraria e incluso desproporcionada sobre alguna finca, con evidente perjuicio de su titular.

Comentario.—Ha sido un ingenioso pensamiento poner los derechos absolutos al servicio de las pretensiones relativas (2). Pero este rasgo de ingenio, como todos los progresos, no podía estar exento de dificultades. Sólo lo familiarizados que estamos con la hipoteca ex-

(2) ADOLFO REINACH: *Los fundamentos apriorísticos del Derecho civil*, página 54.

plica que nos pase inadvertida la gran paradoja que lleva en su fondo: el que la hipoteca, derecho real y, por ende, más vigoroso y robusto esté subordinada (principio de accesoriedad) al crédito, derecho personal más débil y menos riguroso. Esto hace que la hipoteca nos esté creando dificultades continuamente para someterse al crédito y sus vicisitudes. Desde las viejas polémicas sobre el plazo de prescripción del crédito hipotecario hasta las recientes discusiones sobre el consentimiento de la mujer en la cancelación del crédito hipotecario ganancial, toda la historia de la hipoteca no es sino una amigable composición del enfrentamiento entre el derecho personal y el derecho real que van combinados en esta fecunda figura jurídica.

Todos los problemas de la hipoteca solidaria y del dilema entre especialidad e indivisibilidad (solidaridad) cuando varias fincas han de garantizar un solo crédito, provienen, en definitiva, de las opuestas tendencias naturales de cada uno de los dos componentes del crédito hipotecario.

No es necesario recordar aquí la solución que nuestra legislación hipotecaria dió al supuesto de hipoteca de varias fincas en garantía de un crédito (especialidad) y al problema de la división de la finca hipotecada (solidaridad). Pero si consideramos conveniente destacar la diferencia entre la solución de la Ley Hipotecaria y la del Código civil en materia de censos. La drástica solución de los artículos 1.618 y 1.619 se justifica en parte, en el enfiteútico, por la teoría del dominio dividido; se justifica menos en los restantes por la prevalencia que lo real tiene sobre lo personal en los censos. De todas maneras, no sería muy aventurado interpretar ambos artículos conforme a la solución catalana: la división efectuada sin consentimiento del censualista es una «res inter alios facta», que no afecta a su derecho, lo cual es muy parecido a la fórmula del artículo 123 de la Ley Hipotecaria.

También creemos oportuno hacer notar que las normas de la Ley de División de Censos en Cataluña pueden dar interesantes sugerencias en el problema contemplado por la Resolución que comentamos.

Antes de entrar en el análisis de la Resolución veamos los casos que motivaron las dos anteriores manejadas en el recurso:

En la Resolución de 23 de febrero de 1929 se trataba de la segregación de una parte de finca hipotecada, con venta de la porción segregada al acreedor hipotecario, estipulándose que las hipotecas a favor del comprador quedaban subsistentes en su totalidad sobre el resto de la finca. El Registrador entiende que la porción vendida se cancela y el resto se grava con lo que a la vendida correspondía, y para esto encuentra insuficientes los poderes al vendedor concedidos por sus hermanas condueñas. No hay, pues, problema de unilateralidad del negocio de cancelación parcial y concentración de la hipoteca en la finca-resto; pero si interesa el último. Considerando que, después de estimar el acto como una liberación análoga a la remisión de solidaridad pasiva, que no implica constitución de hipoteca sobre el resto que sigue gravado, añade que «así lo admite la práctica notarial cotidiana al conceder plenos poderes al acreedor hipotecario para que cancele la responsabilidad de una finca, que con otras varias, resultado de la división de un antiguo predio, garantizan, en cierto modo, solidariamente, el primitivo crédito».

La frase que entrecomillamos coloca, sin duda, al acreedor hipotecario en posición destacadísima para este negocio (la práctica notarial le concede plenos poderes). No llega a decir que pueda actuar unilateralmente; pero sí parece insinuar que sin intervención de los dueños de las fincas que no quedan más hipotecadas, por cancelarse

la hipoteca respecto de las otras. No puede asegurarse que se quisiese decir esto ni tampoco que existiese por aquellos años práctica notarial cotidiana en este sentido; pero no puede dejarse de encontrar lógico que el recurrente de ahora alegue en su favor la Resolución de 1929.

En la Resolución de 12 de julio de 1945 se trataba de unas operaciones particionales, en las que se divide y segrega una finca hipotecada, se agrupan los restos de estas divisiones-segregaciones y el acreedor hipotecario consiente que la hipoteca grave solamente la finca nueva resultante, procediendo cancelar el gravamen respecto de las demás fincas vendidas y segregadas. Prescindiendo de las alegaciones de las partes nada claras, como tampoco la relación entre venta y segregaciones correspondientes, solamente nos interesan dos de los Considerandos:

a) Como en todo momento es facultad del acreedor limitar su garantía a la finca o fincas resultantes de la división, su voluntad en este sentido no debe encontrar obstáculo y si producir sus naturales efectos y consecuencias, sobre todo cuando por la inexistencia de terceros hipotecarios se eliminan los graves riesgos que puede entrañar la conducta del acreedor al centrar toda la responsabilidad en un solo trozo de la finca sobre el que podrían existir otros gravámenes hipotecarios que se verían notoriamente afectados. El, «sobre todo, cuando...» nos deja en la duda de si, habiendo terceros hipotecarios, el obstáculo existe o no, y la frase final no aclara si el tercer poseedor, o dueño de la finca no deudor, se ha de incluir en los terceros hipotecarios de que habla el Considerando.

b) En el otro Considerando, después de transcribir el último de la Resolución de 1929, dice que su doctrina es aplicable al caso, aunque ahora el consentimiento del acreedor hipotecario se ha prestado con posterioridad a las ventas efectuadas.

Como vemos, en ninguno de los casos de estas Resoluciones se plantea la dificultad de falta de intervención de deudor y de dueño de la finca en que el gravamen se concentra. De ellas sólo cabe extraer la doctrina de que la voluntad del acreedor hipotecario es lo fundamental e imprescindible; la de que sea, en todo caso, suficiente es aventurado extraerla.

Analizando las alegaciones del Notario recurrente y del Registrador informante nos ha producido cierta extrañeza dos cosas:

1.ª El que, no obstante haber conformidad en que el supuesto no está contemplado ni resuelto directamente por la Ley ni por la Jurisprudencia registral, ninguna de las partes argumente con doctrina o legislación extranjera, casi nunca inútiles para encontrar los principios generales del derecho latentes en el fondo de la diversidad de normas positivas.

2.ª Que alegadas por ambas partes, si bien con consecuencias contrarias, la cláusula referente a las hipotecas de la escritura de división otorgada por los hermanos deudores el 11 de diciembre de 1956, en cambio, nada se diga por nadie sobre el contenido de los apartados de cargas y de las cláusulas de precio, en relación con las hipotecas, de las escrituras de venta de 3 de junio y 2 de septiembre de 1955, y especialmente de la de 2 de agosto de 1963. No hay más remedio que pensar ante este silencio que en las tres ventas se omitieron las cláusulas oportunas para reflejar las intenciones de las partes respecto al

pago de la deuda hipotecaria. Cabe perfectamente opinar que las cláusulas de asunción, descuento o retención o la ausencia de ellas eran algo totalmente indiferente en el momento de la calificación de la escritura de cancelación parcial y concreción de crédito hipotecario; pero encontramos raro el total desprejo de tales cláusulas cuando tantas alegaciones del recurso aparecen centradas precisamente sobre la relación personal de la deuda. Es imposible negar, aun desde la postura más conceptualista imaginable, que si en la compra por los hermanos Herraiz figuraba un pacto de plena asunción del resto de deuda pendiente de pago al Banco, gran parte de los argumentos del Registrador, incluso los que se olvidó de manejar, pierden solidez.

La Resolución de 23 de febrero de 1929 considera el caso como una liberación análoga a la llamada remisión de solidaridad pasiva, o sea, la condonación en favor de alguno de los deudores solidarios que aparece regulada en forma no suficientemente clara en el artículo 146 del Código civil: La remisión hecha por el acreedor de la parte que afecte a uno de los deudores solidarios no libra a éste de su responsabilidad para con los codeudores en el caso de que la deuda haya sido totalmente pagada por cualquiera de ellos. El aclarar el verdadero sentido de este precepto nos llevaría muy lejos, por rozar el tema poco claro de la relación entre deudores solidarios entre sí en la regulación de nuestro Código civil; pero no cabe duda que en la relación obligatoria, la liberación por el acreedor de uno de los deudores solidarios puede ser «res inter alia» para los codeudores. Y la cancelación parcial de hipoteca puede obstaculizar esa responsabilidad del deudor liberado respecto a los codeudores, por cuanto la subrogación del deudor pagador del todo no podrá comprender la garantía hipotecaria. Este argumento de la acción de regreso fue olvidado por el Registrador.

Por eso no tiene el recurrente toda la razón al afirmar que ninguno de los propietarios de las fincas resultantes puede alegar perjuicio, pues, desde luego, existe el eventual de que si paga no podrá subrogarse en la hipoteca cancelada respecto de las otras fincas. Y si no puede quejarse de tener que pagar el total del crédito, si puede quejarse de no poder subrogarse en la garantía real, con la que contaba, sobre todas las fincas hipotecadas.

Ahora bien, cosa completamente distinta será si el dueño de una finca, por su propia voluntad, ha querido transformarse en único deudor de la total deuda hipotecaria. Al desaparecer todo otro deudor mancomunado o solidario pierde sentido el reembolso y la subrogación, y de nada podrá quejarse ese deudor que paga el todo sin esperanza de reintegro. Y éste será el caso de que haya asumido la deuda al comprar la finca. O, por lo menos, se haya colocado en una actitud de asunción tácita que permita no considerarle como un puro tercer poseedor.

La demostración de que nos encontramos ante una auténtica laguna legal es que las razones del Notario autorizante son tan convincentes como las del Registrador. El fallo de la Resolución nos resulta razonable y justo; pero no mucho más de lo que nos hubiera resultado el contrario.

Si el acreedor hipotecario puede ejecutar aisladamente una de las fincas gravadas con la hipoteca solidaria para satisfacerse del total crédito y si puede cancelar conforme al principio de consentimiento unilateral, no resulta inmediatamente claro, por qué no ha de poder, de antemano, decidir cuál finca piensa ejecutar y cancelar unilateralmente la hipoteca respecto de las restantes. El principio quien puede lo más puede lo menos da toda la razón al Notario. Es demasiado sencillo creer que el supuesto objeto del recurso puede solucionarse a través de una

mera analogía con la norma del artículo 123 de la Ley. Esta pretende solamente evitar en lo posible la hipoteca solidaria en el caso de división de finca mediante el acuerdo de ambas partes para distribución del crédito hipotecario; pero sirve poco como norma reguladora de la hipoteca solidaria misma. Destinado fundamentalmente a evitar que la división de la finca lleve consigo división del crédito, y de la hipoteca, sin intervención del acreedor hipotecario, no es lógico aplicarle, por analogía, para restar a éste facultades que puedan derivarse de otras normas o principios generales.

La solución del problema ha de buscarse en zonas más profundas: en aquellas en donde empezamos a dudar si, efectivamente, el acreedor hipotecario puede, sin ninguna restricción, ejecutar aisladamente una de las fincas gravadas con la hipoteca solidaria para satisfacerse del total crédito. Porque no debe perderse de vista que si con la solidaridad e indivisibilidad de la hipoteca se persigue que la división de la finca no perjudique al acreedor hipotecario, lo lógico es que pueda ejecutar el todo que se le hipotecó; pero concederle, además, la facultad de ejecutar aisladamente una porción resultante de la división es algo que puede considerarse en general, como menos, desde el punto de vista del acreedor y del deudor hipotecario; pero es más desde todos los puntos de vista en cuanto existan terceros poseedores distintos de las porciones divididas o acreedores hipotecarios posteriores, en éstas. Este «plus», que gratuitamente y sin causa se le concede al acreedor hipotecario, es precisamente ese derecho de elección de presa que puede ser fraudulentamente negociable por la imprecisa o complicada regulación legal de la hipoteca solidaria.

Por otro lado, el problema se conecta con la duplicidad deudor-tercer poseedor, con el carácter mancomunado o solidario de los varios deudores y con las relaciones internas entre los dueños de las fincas, cosa que el Notario niega y, principalmente, con la acción de regreso y subrogación en la hipoteca, del deudor solidario o del dueño de una de las fincas que pague el total crédito. Todas estas conexiones derivan de lo que al principio dijimos: La hipoteca es accesoria del crédito; el principio de accesoriedad surge en cualquier inesperada circunstancia, y la relación personal de deuda, las modificaciones de ésta y especialmente la asunción de deuda, afloran para determinar si es justo o no que, por actos unilaterales del acreedor, puedan luego verse disminuidas las garantías en las que ha de subrogarse el tercer poseedor pagador de la deuda.

Sólo con la intención de orientarnos en la busca de la solución al caso dentro de la escasa regulación de la hipoteca solidaria en nuestra legislación parece conveniente una escapada a las legislaciones extranjeras, sin ánimo de abogar por su copia. Comenzaremos con el B. G. B., porque la regulación de la hipoteca española tiene marcados paralelismos con la hipoteca alemana ordinaria, de tráfico y sin cédula. Despojando a ésta del rígido mecanismo de los puestos fijos, sostenido por la figura de la hipoteca de propietario, nos resulta una hipoteca muy similar a la nuestra y sin duda más que la de los sistemas latinos tan predispuesta a su extinción por purga, etc. El restrictivo criterio de nuestra Ley, en la hipoteca solidaria, es coincidente con el alemán, precisamente en el supuesto de división de la finca hipotecada.

La hipoteca solidaria está regulada en el parágrafo 1.132 del B. G. B.: «Existiendo para el crédito una hipoteca sobre varias fincas ('Gesamthypothek'), responde cada finca por el total crédito. El acreedor puede realizar la satisfacción, a su voluntad, sobre cada una de las fincas por el todo o respecto de una parte.» Está claro, pues, que el titular puede intentar la satisfacción de su crédito, simultáneamente sobre

todas las fincas, o sobre una o varias de ellas en particular y a su libre arbitrio («nach seinem Belieben»), sin tener en cuenta los intereses de los propietarios posteriores.

No desconocieron los autores del B. G. B. el obstáculo que para el crédito inmobiliario representa esta hipoteca solidaria; por ello, debe impedirse en lo posible; pero prohibirla completamente no es factible sin cometer una injusticia contra el acreedor. El B. G. B. admitió la constitución de la hipoteca solidaria por negocio jurídico y la impuso por transformación «ipso facto» de la simple, en el caso de división de la finca hipotecada. En cambio, prohibió que las hipotecas judiciales o forzosas se pidan como solidarias, obstruyendo así una de las fuentes de la hipoteca solidaria que, por el contrario, nuestra Ley dejó abierta (anotaciones de embargo de varias fincas, sin distribución de la responsabilidad)

La norma especial de la hipoteca solidaria del B. G. B., que encaja directamente en nuestro caso, es el párrafo 2º del mismo parágrafo 1.132: «El acreedor está facultado para distribuir el importe del crédito entre cada una de las fincas de tal manera, que cada una solamente responda del importe correspondiente.» Por las remisiones que a continuación hace el párrafo, resulta que: a) el acreedor debe notificar la distribución a todos los propietarios; b) precisa el consentimiento de los usufructuarios del crédito hipotecario y de los acreedores subhipotecarios; y c) ha de inscribir la división de la hipoteca en el Registro. Del precepto resulta claro que no es necesario el asentimiento de los propietarios de las fincas, ni en el aspecto material ni en el formal.

La hipoteca solidaria se extingue en virtud de satisfacción del crédito sobre una de las fincas en cuanto a todas ellas, aunque pertenezcan a distintos propietarios (1.181, ap. 2º). Y, en general, está desprovista de acción de repetición. Esto fue ya censurado por DERNBURG y algunos lo siguen discutiendo; pero ENNECCERUS-WOLFF lo consideran indiscutible; afirman que no ha originado dificultades prácticas y dicen que la asimetría, que esto representa frente al deber de nivelación entre cofiadores, constituye una inofensiva falta de elegancia en la Ley.

Sólo hay una excepción de escaso valor a esta carencia de acción de repetición: Si el propietario de la finca elegida por el acreedor tiene una pretensión de resarcimiento contra alguno de los demás propietarios o contra alguno de sus causantes, se le transmite la hipoteca, hasta la cuantía de esa pretensión, sobre la finca del obligado al resarcimiento; pero no con el rango de la del acreedor pagado, sino con el que le corresponda al momento de esa subrogación legal. Esto es difícilmente justificable, según ENNECCERUS-WOLFF, pero no hay duda que este juego real tan escaso de la acción de regreso o repetición del tercer poseedor pagador es congruente con la plena facultad de distribución del acreedor, conforme al parágrafo 1.132, ap. 2º, que antes vimos.

Si existe o no la pretensión de resarcimiento (acción personal), ha de resolverse en base a la relación obligatoria que pueda mediar entre los propietarios. Innecesario decir que esta relación obligatoria derivará normalmente de los pactos sobre la hipoteca solidaria contenidos en los contratos de adquisición de las fincas y difícilmente no estará ordenada por derecho de obligaciones la relación de nivelación entre los propietarios o sus causantes (a título singular o universal).

En todo caso de pago por el propietario de una de las fincas, el mecanismo es semejante. Adquiere la hipoteca (de propietario), pero limitada a su finca; las demás se liberarán de la hipoteca solidaria, avanzando los titulares posteriores pero si el propietario pagador tiene una pretensión

de repetición contra otro de ellos (o su causante), también se le transmite la hipoteca en la cuantía de la pretensión (3).

La explicación de todo ello está en la preocupación por articular lo más posible la responsabilidad personal y la afección real y facilitar la liberación del enajenante de finca hipotecada. Preocupación que tiene su manifestación primera en el régimen de la asunción de deuda hipotecaria por el comprador de la finca. En el B. G. B., en la asunción de deuda conectada con la asunción de hipoteca (compra de finca hipotecada con asunción a cuenta del precio), ni siquiera es necesaria la ratificación efectiva del acreedor. Según el párrafo 416, si el enajenante de finca hipotecada requiere al acreedor por escrito para que se oponga dentro de seis meses a la asunción de deuda por el adquirente, se produce ratificación presunta del acreedor, transcurridos los seis meses sin que se oponga.

En el Derecho francés no es muy seguro y firme el argumento de que la cancelación respecto de alguna finca gravada con hipoteca solidaria lesiona derechos de un tercero poseedor de otra de las fincas, en cuanto le recorta la subrogación en la hipoteca sobre aquella. Según MAZEAUD (4), al tercero poseedor (propietario no deudor) no sólo se le niega el beneficio de división, que obligaría a dividir las persecuciones entre los distintos terceros adquirentes, sino también el beneficio de cesión de acciones que le concedía el antiguo Derecho francés (como el romano al fiador).

La Corte de Casación, después de dudar, le ha negado esta excepción al tercer poseedor no sólo por interpretación literal y restrictiva de este beneficio del fiador, sino también porque en el caso de la hipoteca no hay un contrato, como el del fiador con el acreedor, del que pueda deducirse ningún convenio tácito de conservación de las garantías para mantener más eficaz la subrogación. De ello deduce MAZEAUD que, si el acreedor deja que se extingan algunas garantías como las hipotecas sobre otros inmuebles, el tercer adquirente perseguido no puede quejarse por eso. Nuestro Código civil recoge el «beneficium cedendarum actionum» en el artículo 1.852 respecto del fiador, aunque cambiando el juego de excepción en causa de extinción de la fianza. ¿Puede esta norma trasladarse sin más a la acción hipotecaria ejercitada contra un tercer poseedor de finca gravada con hipoteca solidaria?

Según PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS (5), en Francia no es necesario distribuir la responsabilidad hipotecaria entre las varias fincas que responden de un solo crédito. Es posible, pues, desde el principio, y no sólo en caso de posterior división de la finca, la hipoteca solidaria, con todos sus conocidos inconvenientes, entre ellos, «la inseguridad de los ulteriores acreedores hipotecarios que, al ser de inferior rango, se encuentran amenazados por la elección—abusiva o maquinada—que entre los inmuebles sujetos haga el acreedor preferente para satisfacerse con él integramente». Y añade que la Jurisprudencia trata, sin embargo, de evitar la elección hecha para perjudicar a una segunda hipoteca, corrigiéndola como abuso de derecho de hipoteca. Hay, además, en supuestos concretos, limitaciones a la libre elección por el acreedor para ejecutar una de las fincas.

Cuando PEÑA, con citas de MAZEAUD, destaca tan exclusivamente a los posteriores acreedores hipotecarios como beneficiarios de estas limitacio-

(3) ENNECCERUS-WOLFF: *Derecho de cosas*, II, Bosch, 1937, págs. 298 y sigs.

(4) HENRI Y LEON MAZEAUD: *Lecciones de Derecho civil*, parte 3ª, vol II, páginas 154 y sigs.

(5) PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS: *El Registro de la Propiedad en los sistemas latinos*. Colegio de Registradores, tomo I, pág. 134.

nes a la libre elección de presa por el acreedor, parece indicar que no se ha dado igual beligerancia al interés del tercer poseedor de una de las fincas en que su subrogación en la hipoteca al pagar no se vea amenguada por cancelaciones parciales convenidas entre deudor y acreedor con hipoteca solidaria.

No queremos alargar más esta referencia a legislaciones extranjeras (6), tan insegura como incompleta, y terminamos destacando dos ideas: a) que en todas partes, en el mecanismo de la hipoteca solidaria, la relación personal de deuda aflora constantemente a la superficie del derecho real; b) que la tendencia es conseguir en lo posible la coincidencia entre deudor y sujeto pasivo de la hipoteca. Así vemos cómo el Código italiano va mucho más lejos que nuestro artículo 118 de la Ley Hipotecaria en esta tendencia de responsabilizar al comprador de finca hipotecada como deudor. El artículo 2.867 dice que: Si el tercer adquirente, que ha transcrito su título, es deudor, por razón de la adquisición, de una suma actualmente exigible que baste a satisfacer a todos los acreedores inscritos contra el anterior propietario, cada uno de ellos puede obligarle al pago. No es del caso entrar en el ámbito de ese ser deudor «in dipendenza dell'acquisto», pero sin duda incluye tanto el descuento como la retención de la parte de precio correspondiente al gravamen.

En la doctrina española encontramos una ya antigua y autorizada opinión sobre la dificultad de nuestro caso. PÉREZ Y ALGUER, en sus notas de concordancia del ENNECCERUS (7), afirman, al hacer la coordinación del párrafo 1.132 del B. G. B., que para distribuir la hipoteca conjunta (solidaria) sobre varias fincas en una serie de hipotecas simples sobre cada una, es racional que baste la voluntad del acreedor, ya que está en su mano dirigirse contra una sola finca o contra todas (arts. 120 a 123 de la Ley Hipotecaria), sin ser obstáculo la proposición primera del 123, racionalmente interpretado. Pero observando el caso de ser varios los propietarios de las fincas, dicen que esa distribución unilateral, que podría implicar renuncia total o parcial al gravamen de algunas de las fincas y siempre modificación de todas, podría perjudicar el interés eventual que tiene el propietario que paga, de subrogarse en el crédito y, consiguientemente, en la hipoteca sobre las demás fincas. Por ello, concluyen, acaso es más prudente la solución que, basada en la letra del artículo 123, proposición 1.ª, decida la necesidad del asentimiento de todos los propietarios gravados.

ROCA SASTRE, aunque transcribe el párrafo 1.132 del B. G. B. y recoge interesantes apostillas al mismo de HEDEMANN, no plantea directamente la cuestión. Parece partir de la idea de que toda distribución de la hipoteca solidaria debe correr por los cauces de la proposición 1.ª del artículo 123 de la Ley; pero se expresa en términos que hacen excesivamente intercambiables deudores y propietarios de las fincas, y en un pasaje llega

(6) En el Derecho suizo no surge hipoteca solidaria en el caso de división de la finca hipotecada, porque impone la distribución forzosa, efectuada por el propietario o propietarios que dividen, entre las fincas parciales resultantes, en proporción a su valor, concediendo al acreedor que no se conforma con la distribución efectuada, el derecho a dar por vencido el crédito hipotecario. Desde el principio una hipoteca sobre varias fincas puede constituirse como solidaria; pero solamente en dos casos: si los varios deudores están también obligados solidariamente, caso en el que nuestro problema desaparece, o si las varias fincas pertenecen al mismo propietario en el que el problema sólo surgirá cuando pasen a manos de propietarios distintos. Ignoramos si entonces la solución a nuestro caso es totalmente coincidente con el B. G. B. (arts 798 y 833 del C. c. suizo).

(7) Ver cita de nota (3).

a decir que, después de la división de la finca, también podrá hacerse la distribución, si bien en este caso seguramente concurrirán los dueños de las fincas nuevamente formadas (8).

Esta palabra «seguramente» puede indicar tres cosas: a) que Roca crea que la intervención de los propietarios de las fincas no es tan imprescindible como la de los deudores; b) que haya querido dejar como doctrinalmente dudosa la cuestión de esa intervención; y c) que deben concurrir o simplemente pueden (si quieren), según la manera que hayan comprado o adquirido la finca en relación con la carga hipotecaria. Probablemente hay que dar este tercer sentido al impreciso pasaje de Roca, porque él mismo, en otro lugar de su obra (9), relaciona la mecánica interna de la hipoteca solidaria con las consecuencias de la compraventa de finca hipotecada cuando se hace sin pacto de asunción de la deuda hipotecaria, ni con retención de su importe, ni deducción de la carga.

Roca distingue los siguientes casos: a) Compraventa con asunción o subrogación del comprador en el débito personal hipotecario: el comprador no obtiene el carácter de tercer poseedor de finca hipotecada. b) Compraventa con retención de la parte del precio correspondiente al importe del débito: el comprador no obtiene la consideración de un puro tercer poseedor, porque no es completamente extraño al débito en el que se ha implicado, aunque sea tan sólo «in solutione». c) Compraventa con descuento de dicha parte de precio: el comprador tiene el carácter de tercer poseedor. d) Compraventa sin asunción, retención ni deducción: el comprador obtiene el carácter del tercer poseedor.

No es del caso entrar en más detalles en las opiniones de Roca sobre los distintos supuestos que juegan en el artículo 118 de la Ley Hipotecaria y sobre el mecanismo de la subrogación del comprador que paga la deuda hipotecaria en el crédito y en la hipoteca (en base a los arts. 1.210, 3.º, y 1.212 del Código civil). Sólo queremos destacar la referencia que al tratar de esta subrogación hace al caso de la hipoteca solidaria. Las dos cuestiones fundamentales que se plantea son:

a) Si el comprador (tercer poseedor) que paga puede ejercitar la acción hipotecaria contra los otros terceros poseedores (de las otras fincas hipotecadas), sin necesidad de una previa excusión e insolvencia del deudor personal. Y se adhiere a la contestación afirmativa de PLANIOI frente a la contraria de COLIN.

b) Si puede dirigirse contra cada uno por el todo o ya entonces la solidaridad se transforma en mancomunidad simple en proporción al valor de cada finca, o bien debe atenderse al grado derivado de la fecha de inscripción del título adquisitivo de cada tercer poseedor. La solución segunda es la que ha prevalecido en el Derecho francés y la tercera en el italiano. Roca cree recomendable resolver conforme al criterio francés.

En consecuencia de todo lo expuesto, nos aventuramos a deducir que ROCA SASTRE no se ha planteado directamente y con todas sus consecuencias el caso planteado por el recurso, cuya Resolución comentamos, y que cuando afirma que seguramente concurrirán los dueños de las fincas, nuevamente formadas a toda distribución «a posteriori» de la hipoteca solidaria, parece estar admitiendo que su concurrencia será más o menos imprescindible, según haya sido su postura o actitud ante la deuda y la carga en el momento de adquirir la finca.

(8) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, 1968, IV, 1.º, págs. 552 y sigs.

(9) ROCA SASTRE: *Obra citada*, IV, 1.º, pág. 375.

CAMY (10) considera evidente que en el caso se requería la intervención del acreedor y deudor o del tercero o terceros poseedores, y cree que no es necesario recurrir a la analogía, porque siendo la hipoteca un derecho real nacido de un contrato, en lo no regulado especialmente, en la Ley Hipotecaria y el Código civil como hipoteca, habrá de buscarse en obligaciones y contratos, y allí nos encontramos con las normas de la novación modificativa. Y trae a colación las Resoluciones de 19 de enero de 1900 y 10 de noviembre de 1906 como casos de novación modificativa en que se requirió la intervención de ambas partes.

No participamos del optimismo de CAMY: ni la modificación de descripción de la finca vendida implica necesariamente novación ni un caso de modificación de censo es práctico como ejemplo por la prevalencia que lo real tiene sobre lo personal u obligacional en censos, y REALASTEN, contrariamente a lo que ocurre en la hipoteca. El drástico juego de la indivisibilidad en el censo nos lo demuestra. Tampoco estamos conformes en dejar impreciso si quienes tienen que intervenir son el deudor o los terceros poseedores o uno y otros. Esta misma imprecisión ya la hemos encontrado en Roca.

En nuestra opinión, CAMY ha dado en el blanco sin percatarse de ello. Es efectivamente un supuesto de novación modificativa, la asunción de deuda, la que nos puede abrir el camino del consentimiento unilateral de cancelación parcial y concentración del crédito en la finca propiedad de quien previamente haya asumido, expresa o tácitamente (?), la deuda hipotecaria total.

Dictado el fallo de la Resolución, sin consideración ninguna sobre las relaciones obligatorias existentes entre deudores y terceros poseedores respecto de los pagos parciales y del pago total, nos encontramos con la cuestión sin resolver. El Registrador satisfecho con la confirmación de su nota, en espera de que los hermanos González Herraiz ratifiquen la escritura calificada. Pero, ¿y si se negasen? Supongamos por un momento que las ventas de las dos primeras porciones segregadas fuesen con cláusulas que apartasen a los compradores totalmente de la deuda, luego sabemos que los hermanos Cascajero, en su escritura de división, centraron la deuda en don Mauricio, y continuemos suponiendo que los hermanos González Herraiz, después de los pagos parciales al Banco por el deudor o deudores, compran asumiendo el pago de la deuda total restante y reteniendo la parte correspondiente del precio. Supuesto todo esto, su negativa al asentimiento a la escritura sería indudablemente ilícita; luego puede darse de la necesidad de ese asentimiento. Para evitar dudas que puedan hacer necesario un procedimiento judicial, dirigido a obtener ese asentimiento a la escritura por los hermanos González Herraiz, e incluso, para evitar que la Resolución fuese argumento de la parte demandada, se debieron manejar en el recurso y en el fallo las relaciones obligacionales internas entre todas las partes interesadas en la medida en que puedan influir en la total solución del problema planteado.

En resumen, ordenando todo este desarticulado comentario, podemos concretar así nuestra opinión sobre el supuesto.

a) No parece conveniente cortar la «communis opinio» de que el acreedor con hipoteca solidaria puede pedir la satisfacción de su crédito sobre una (o varias, pero no todas) de las fincas resultantes de la división de la hipoteca. Pero puede matizarse esto para evitar sus in-

(10) BUENAVENTURA CAMY: Comentario a la Resolución de 17 de marzo de 1969, en «Revista de Derecho Privado», mayo 1969, págs. 399 y sigs.

convenientes a través de la analogía con la solución del Código civil para los censos y de la falta de previsión del caso en las normas generales de ejecución hipotecaria, ya que, en el título de ejecución, la finca está sin dividir.

b) *Debe mantenerse la doctrina sentada por la Resolución que comentamos, en términos muy generales, para cuantos casos se planteen en forma tan imprecisa y confusa como el que la ha motivado. La discordancia de esta doctrina, con la facultad de libre elección para ejecutar una finca aislada, supuesto el principio de quien puede lo más puede lo menos, queda suficientemente explicada por la conveniencia de no disminuir las garantías en la subrogación por pago.*

c) *Debe irse valientemente a la solución del B. G. B., por lo menos en los dos siguientes casos:*

1. *Cuando todas las fincas pertenezcan a un mismo propietario, sea o no el originario deudor.*

2. *Cuando la voluntad unilateral del acreedor (o la concordada de éste con el deudor o deudores) coincida y suponga ratificación de pactos sobre la deuda hipotecaria suscritos en documento idóneo por el propietario o propietarios en que la hipoteca se concentre. Como la doctrina hipotecaria está conforme en que las inscripciones de venta deben reflejar los pactos de asunción de la deuda, de retención o de descuento de las cláusulas de precio, el Registrador tendrá elementos para calificar aquella coincidencia necesaria para completar la asunción de deuda mediante la ratificación del acreedor que ahora se hace.*

d) *Las polémicas doctrinales en torno al artículo 118 de la Ley, y especialmente en torno a su apartado 2.º, deben continuarse a la vista de la tendencia de las legislaciones extranjeras que procuran con energía evitar la desarticulación entre la responsabilidad personal (deudor) y el gravamen real (tercer poseedor). Es bueno dejar a las partes varias alternativas y múltiples figuras para elegir la que más se acomode a sus necesidades. Pero no lo es cuando la multiplicidad va en contra de la claridad y la seguridad (11).*

T. C. G.

(11) En todo el comentario se ha prescindido de la circunstancia de ser la hipoteca a favor del Banco Hipotecario. Es posible que la subrogación legal en el débito personal que establece el artículo 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872 (y los arts. 13 del Real Decreto-Ley de 4 de agosto, 28 y el 95 de los Estatutos del Banco de 3 de noviembre de 1928) no sea suficiente para alterar los términos en que el caso fue planteado y resuelto por la Resolución, pero no deja de ser extraño que para nada se haya hecho referencia a esta circunstancia que, en opinión de la doctrina más autorizada, convierte *ex lege* al adquirente en deudor personal, privándole del carácter de puro tercer poseedor.

13. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA SOBRE FINCA GANANCIAL: HABBIÉNDOSE DIRIGIDO LA DEMANDA CONTRA SU MARIDO, NO ES NECESARIO QUE SE DIRIJA TAMBIÉN CONTRA LA ESPOSA PARA QUE TAL ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA PUEDA PRACTICARSE.

TAMPOCO ES OBSTÁCULO PARA QUE DICHA ANOTACIÓN SE EXTIENDA, QUE NO SE HAGA CONSTAR EN EL MANDAMIENTO EL ESTADO CIVIL Y LA PROFESIÓN DEL DEMANDADO NI LOS LINDEROS DE LA FINCA, CUANDO YA APARECEN ESTOS DATOS EN LOS LIBROS REGISTRALES.

Resolución de 28 de marzo de 1969 («B. O.» de 22 de abril).

A) *Antecedentes de hecho*—Mediante documento privado suscrito en Madrid el 21 de abril de 1966, don Alfredo Alvarez Alvarez compró a don Alfonso del Río Hernán un olivar sito en término de Puebla de Alcocer, denominado “Las Viñuelas”, de una superficie aproximada de tres hectáreas. En el momento de firmar el documento se entregaron veinticinco mil pesetas, y se convino su elevación a escritura pública en mayo siguiente contra el pago del resto del precio que quedó aplazado. El 16 de mayo fue instado notarialmente el vendedor para que recibiera la parte pendiente de precio y otorgase la correspondiente escritura pública, lo que no se hizo, alegando que el plazo estipulado concluía el 31 de dicho mes. Transcurrida esta nueva fecha sin que el vendedor se aviniese a cumplir lo pactado, se presentó demanda contra el mismo, que correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 5 de Madrid, que con fecha 21 de junio dictó providencia ordenando la anotación preventiva de la demanda.

A exhorto del de Madrid, el Juzgado de Primera Instancia de Herrera del Duque expidió mandamiento por duplicado al Registrador, que fue calificado con la siguiente nota: “Denegada la anotación preventiva de demanda ordenada en el presente mandamiento por observarse los siguientes defectos: 1.º, por no expresarse el estado civil y profesión del demandado; 2.º, por omitirse los linderos de la finca que se pretende anotar, y 3.º, por figurar la finca inscrita a nombre de don Alfonso del Río Hernán y de su cónyuge, doña Guadalupe García Blázquez, adquirida onerosamente durante su matrimonio, teniendo, por tanto, carácter de ganancial. Y siendo insubsanable este último defecto, se deniega la anotación, sin que se pueda tomar anotación preventiva de suspensión.”

Interpuesto recurso gubernativo por el señor Alvarez Alvarez contra la nota anterior, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador. Y apelada la decisión judicial a instancia del recurrente, la Dirección General revocó el Auto presidencial y la nota del Registrador, fundándose en la siguiente doctrina:

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros*.—Que este expediente plantea como cuestión previa la de si puede practicarse una anotación preventiva de demanda sobre una finca ganancial cuando

la acción interpuesta para que se cumpla el contrato de compraventa lo ha sido sólo contra el marido.

Que una de las materias más debatidas, a raíz de la modificación del artículo 1.413 del Código civil por la Ley de 24 de abril de 1958, ha sido la naturaleza del "consentimiento uxoris", introducido para los supuestos de enajenación de inmuebles y establecimientos mercantiles de carácter ganancial, ya que se muestran divergentes las posturas de los autores patrios que van desde la tesis de una codisposición por ambos esposos hasta la que considera que el consentimiento de la mujer supone un negocio de asentimiento equivalente a la licencia marital, sin olvidar otras posiciones intermedias que dificultan la solución de los muchos y arduos problemas que pueden producirse.

Que el Tribunal Supremo, en las diferentes ocasiones en que ha entrado a examinar la cuestión, ha declarado reiteradamente que la potestad de disposición en los bienes gananciales corresponde exclusivamente al marido, y por eso rechaza la tesis de la codisposición y afirma que la mujer no es parte en los actos de administración y disposición que se realicen, aunque los consienta, y que esta actuación "integra un negocio de asentimiento por el que la mujer sanciona la repercusión de la disposición en su propia esfera jurídica, que tiene un estrecho parentesco y paralelismo con la licencia marital"

Que sobre esta base, el propio Tribunal Supremo ha entendido que la relación jurídico-procesal entre los contendientes está bien constituida cuando quien contrató con el marido demanda solamente a éste —tal como sucede en el caso de este expediente—, ya que no es preciso que se demande también a la mujer para establecer el *litis-consortio pasivo*, pues carece de acción contra ella.

Por tanto, que dado el carácter ganancial con que aparece inscrita la finca en el Registro —con independencia de que se hiciera la inscripción a nombre de uno o de los dos esposos—, no aparece vulnerado el principio de tracto sucesivo, ya que se ha interpuesto la demanda contra la persona que aparece únicamente legitimada para serlo pasivamente —el marido— y es forzoso reconocer, por tanto, que procede anotar la demanda solicitada.

Que en cuanto a los otros defectos señalados en la nota, es de advertir, en primer lugar, con carácter general, que los artículos 72-1 y 73 de la Ley Hipotecaria establecen para las anotaciones un criterio menos riguroso que para las inscripciones, al señalar que se harán constar en aquéllas las mismas circunstancias que se exigen para éstas, en cuanto resulten de los títulos o documentos presentados, y que así habrán de figurar en el mandamiento, criterio que mantiene para las anotaciones de demanda el artículo 166 del Reglamento Hipotecario, cuando dice que habrán de expresarse las circunstancias del demandante y demandado, si fueren conocidas, por lo que carece de trascendencia la no constancia de la profesión de Médico del segundo, así como la de su estado civil, que ya aparecía reflejado en los libros registrales.

Por último, que al haber el Registrador identificado plenamente y sin lugar a dudas la finca objeto del litigio, no parece haya que acoger el segundo defecto, aún cuando el inmueble no aparezca descrito correctamente en el mandamiento por no reunir los requisitos exigidos por los artículos noveno de la Ley y 51 del Reglamento, dado además el criterio sentado en los artículos 72 y 73 de la propia Ley antes examinados.

C) *Comentario.* La Ley de 24 de abril de 1958, al reformar el texto del artículo 1413 Código civil, en lo que se refiere a los actos dispositivos sobre bienes inmuebles y establecimientos mercantiles de naturaleza ganancial, ha introducido una nueva valoración social respecto a la intervención de la mujer casada dentro de la sociedad de gananciales. Ha limitado los amplios poderes que tenía el marido sobre el patrimonio ganancial antes de la reforma, exigiendo el necesario consentimiento de la esposa —o, en su defecto, autorización judicial— para la enajenación de esta clase de bienes. Y ha establecido un nuevo criterio legal respecto a la valoración de los intereses de los cónyuges en esta materia, tan frecuente en la vida real y de tanta importancia práctica. Prueba de ello son los numerosos estudios monográficos y opiniones doctrinales que se han suscitado en torno a este problema, y las reiteradas decisiones jurisprudenciales (del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado) que han contemplado aspectos concretos de la aplicación de esta norma (1). A su vez la reforma de la normativa civil en este punto ha afectado profundamente a la disciplina jurídica del Registro de la Propiedad. Por cuanto contempla una determinada serie de actos dispositivos cuya eficacia trasciende necesariamente a la publicidad del Registro. Fruto de aquella reforma del Derecho Civil han sido las congruentes modificaciones de los artículos 95, 96, 144 y 178 Reglamento Hipotecario, entre otros, en el campo del Derecho Registral.

El tema es amplio y profundo, y su tratamiento pormenorizado excesivamente extenso. Vamos por ello a prescindir de consideraciones generales sobre el mismo, por muy sugestivas que resulten. Y ciñámonos estrictamente a los perfiles del presente recurso, tratando de desentrañar brevemente su contenido.

I. En el caso planteado se solicitaba la anotación en el Registro de una demanda sobre finca ganancial cuando el demandante, que pretendía la condena del demandado al otorgamiento de la escritura pública de venta de una finca previamente vendida en documento privado, se había dirigido exclusivamente contra el propio demandado vendedor y no contra su esposa.

El primer problema puramente formal que aquí se nos brinda, al margen incluso de la interpretación del artículo 1413, es el del necesario cumplimiento del tracto sucesivo. Para que una demanda pueda ser anotada en el Registro es absolutamente necesario, como requisito previo e inexcusable, que dicha demanda se dirija contra el titular o los titulares registrales inscritos de la finca a la que puede afectar la resolución judicial futura. Si los titulares registrales no son destinatarios pasivos de la pretensión procesal contenida en la demanda, no

(1) Quizá fuera interesante, y enormemente instructivo, realizar un estudio estadístico y sociológico para detectar cómo ha reaccionado la sociedad española frente al nuevo criterio legal del artículo 1413 durante los diez años primeros de su vigencia. Cómo se vive este artículo en la realidad social de las familias españolas, según sea su marco de vida rústico o urbano. Cómo han respondido los cónyuges frente a esta ampliación de las facultades de la mujer. Cómo ha sido interpretado en la doctrina y en la jurisprudencia. Hasta qué punto se ha pretendido desvirtuar el principio inspirador de la reforma. Y, en definitiva, qué consecuencias prácticas ha producido la nueva regulación, tanto desde el punto de vista de la estricta protección de los intereses de la mujer, como desde el otro de favorecer la armonía conyugal, facilitar o no el tráfico jurídico y hacer a la mujer más consciente y responsable de sus decisiones económicas en el consorcio conyugal.

podrá ésta tener acceso al Registro. Así lo impone la concatenación de los asientos registrales y la necesidad de contar con el consentimiento del titular para que su situación jurídica registral quede válidamente modificada. En este sentido se ha pronunciado la doctrina de los autores y la jurisprudencia de la Dirección General en reiteradas ocasiones (2).

Cuando la demanda se dirige contra persona distinta del titular registral, su inadmisibilidad es automática. No puede ser anotada. ¿Qué ocurre cuando son dos los titulares registrales y el demandado procesalmente es uno sólo de ellos? A mi juicio, la solución debe ser la misma. Por ser idéntica la norma impeditiva y la razón excluyente de la anotación. Cuando una finca aparece inscrita en pleno dominio a favor de A y B, no podrá anotarse la demanda dirigida sólo contra B respecto a la totalidad de la finca objeto de esa cotitularidad dominical. Tampoco vale argumentar en contra de esta opinión alegando que no es lo mismo una cotitularidad por cuotas indivisas sobre una finca que la específica comunidad que al marido y a la mujer corresponde sobre un bien ganancial, cotitularidad conjunta entre ambos esposos, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal (art. 95-1 Reglamento Hipotecario). Porque la solución que se propugna, y el principio normativo que la justifica, no se hacen depender en su aplicación de la estructura de la comunidad formada (romana o germánica, con cuotas o en mano común), sino de la necesidad de contar con todos los partícipes, cuando son titulares registrales, para que su situación inscrita pueda quedar modificada.

Obsérvese, además, otro dato importante a este respecto. La reforma de 1959 del Reglamento Hipotecario estableció que la inscripción de los derechos sobre fincas gananciales se practicará «a nombre de ambos cónyuges, conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal» (art. 95-1.º Reglamento Hipotecario). Esta norma se dictó, no tanto o no sólo para exteriorizar a través de la publicidad del Registro la respectiva titularidad conjunta que a ambos esposos corresponde en los bienes gananciales. Cuanto para imponer y facilitar, a través del encadenamiento del tracto sucesivo, la necesaria intervención de la mujer en las ulteriores enajenaciones. Que es lo que más importa en el desarrollo del mundo registral.

Porque la inscripción en el Registro es, primariamente, un título de legitimación para la válida enajenación posterior. El mundo del Registro recoge las sucesivas enajenaciones, transmisiones y constituciones (o extinciones) de los derechos desmembrados o limitados sobre una finca. Lo que importa al tercer adquirente es que su transmitente sea efectivamente dueño del derecho que le traspasa y pueda disponer de él. Para que su adquisición sea firme y el tráfico seguro. Como la Ley de 1958, al reformar el artículo 1413 del Código civil, impuso necesariamente el consentimiento de la mujer para la enajenación de los bienes inmuebles gananciales, la reforma del Reglamento Hipotecario en este punto ha sido un armonioso desarrollo de la legislación civil previamente reformada. Ciertamente que la nueva norma del artículo 1413 hubiera desplegado su eficacia en todo caso, por imperativo de la Ley civil de reforma en que está contenida. Pero con la nueva forma de

(2) La última de ellas, en Resolución de 29 de octubre de 1968. Puede verse mi Comentario a la misma en esta REVISTA, núm. 471, marzo-abril 1969, páginas 427 y sigs. Cfr., asimismo, las Resoluciones de 22 de abril de 1892, 1 de diciembre de 1897, 9 de agosto de 1943, 23 de junio de 1960 y 30 de junio de 1967.

practicar las inscripciones, la intervención de la mujer en el acto dispositivo posterior queda rotundamente garantizada, aun en el puro plano registral (cfr. art. 96 del Reglamento Hipotecario). Por eso, antes de la reforma de 1958, cuando el marido podía por sí solo enajenar los inmuebles gananciales, éstos podían resultar inscritos sólo a su nombre, si el marido actuaba como comprador de los mismos durante el matrimonio. Aunque tales bienes, por formar parte del patrimonio ganancial, pertenecieran en comunidad a marido y mujer. Pero una vez reformado el Código civil en este punto, aquella forma de extender los asientos ya no es posible. Y como la mujer tiene que intervenir en la disposición, aparecen también inscritos a su nombre.

En virtud de estas ideas generales y del juego del principio de tracto sucesivo, parece necesario que, para poder anotar en el Registro la demanda en que se pide al juez que se formalice en escritura pública la venta de una finca ganancial, supuesto que este acto de enajenación requiere el consentimiento de ambos cónyuges, debe dirigirse la demanda contra marido y mujer. En el presente caso, fue demandado únicamente el marido, quizá porque —indebidamente— sólo él intervino como vendedor en el documento privado antecedente. A pesar de esta deficiencia, la Dirección General estima que la demanda debe anotarse. ¿Cuáles son las razones por virtud de las cuales admite en este caso la excepción al principio de tracto sucesivo?

Sólo se refiere a este problema el Considerando 5.º del Recurso. En él se afirma que no existe aquí vulneración del principio de tracto sucesivo. Es decir, que dicho principio aparece cumplido en este caso porque la demanda se ha interpuesto contra la única persona que aparece legitimada pasivamente para serlo: el marido. Y que tal legitimación es independiente de la forma en que se haya hecho la inscripción, bien sea a nombre de uno o de los dos esposos. Tales argumentos, y la afirmación de que el marido es la única persona con legitimación pasiva en este pleito, nos llevan de la mano al problema de fondo, y a las demás razones en que se quiere fundamentar la decisión aquí propuesta, las cuales se contienen en los otros Considerandos y en seguida serán examinadas. Pero lo que no cabe confundir, a mi juicio, es el problema material de legitimación pasiva y de facultades dispositivas del marido para la enajenación, con el problema meramente formal de tracto sucesivo. Ciertamente podrá ser indiferente que la finca esté inscrita a nombre del marido sólo, o de marido y mujer, para su calificación ganancial. Pero no se trata de esto, ni de averiguar todavía a quién corresponden las facultades dispositivas sobre este tipo de bienes. Sino de que, para que se cumpla el tracto registral formal, la demanda deberá dirigirse contra los titulares registrales. Y en este sentido puramente formal, si que tiene importancia la forma como esté extendida la inscripción, según publique la titularidad de una o dos personas. Todo lo demás es Derecho civil o tracto material, pero no tracto formal. Si este último no se cumple, o se excepciona en este caso, habrá que justificar la excepción. Lo que no parece haberse realizado suficientemente en el presente recurso.

II. Pero al margen de este previo planteamiento formal, el problema de fondo y más importante que aquí se suscita es el de determinar las facultades dispositivas del marido respecto a los bienes inmuebles gananciales, la naturaleza del necesario consentimiento de la mujer para la disposición y el grado de ineficacia de los actos dispositivos en que no interviene la esposa. Problemas, en verdad, muy extensos y complejos, que no pueden ser aquí resueltos ni siquiera plan-

teados, por la diversidad de opiniones contradictorias que sobre los mismos se han mantenido. A pesar de que su virulencia práctica y la frecuencia de su planteamiento en la vida social, prestan a esta materia un especial atractivo.

Volviendo al supuesto de hecho que motivó el recurso, la Dirección General permite que se extienda la anotación preventiva en un caso como el presente, cuando la demanda se dirige sólo contra el marido, y no contra ambos cónyuges. Veamos críticamente y en forma resumida los argumentos en que se basa la decisión del Centro Directivo:

a) La interpretación dada por el Tribunal Supremo en diversas Sentencias al artículo 1413 del Código civil. Según esta interpretación jurisprudencial, que se recoge en el tercer Considerando del presente recurso, la potestad de disposición en los bienes gananciales corresponde exclusivamente al marido; la mujer no es parte en los actos de disposición; y su consentimiento para la disposición integra un negocio de asentimiento que tiene un estrecho paralelismo con la licencia marital.

En los vistos del recurso, se recogen las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1960 y 7 de febrero, 13 de marzo y 21 de abril de 1964. Recordemos sumariamente el contenido de estas tres últimas (3):

a.1. Sentencia de 7 de febrero de 1964: En Arcos de la Frontera se dedujo demanda por don Pedro H. M. contra don Cristóbal G. R. sobre cumplimiento de contrato y elevación a escritura pública de la venta privadamente celebrada de una parcela de tierra de naturaleza ganancial. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que declaró necesario el «litis consorcio» pasivo del demandado y su esposa doña Natalia Ch. Z., que no había sido demandada, y absolvió a don Cristóbal G. R. Pero la Audiencia estimó en parte la demanda y condenó al demandado a entregar al actor la parcela de terreno vendida y a otorgar la correspondiente escritura pública de compraventa. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación formulado contra la Sentencia de la Audiencia.

La razón fundamental en que se basa la decisión del Tribunal Supremo está en que el primitivo contrato de compraventa se celebró el 16 de abril de 1958, fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley de 24 de abril de 1958, que reformó el artículo 1413, y quedó perfeccionado como contrato obligatorio en la misma fecha. No teniendo efectos retroactivos la Ley de reforma ni el nuevo texto del artículo 1413, el marido podía disponer por sí solo de los bienes gananciales, sin otras limitaciones que las que la legislación entonces vigente reseñaba. Y siendo el otorgamiento de la escritura pública que ahora se pedía efecto o consecuencia obligacional del contrato válidamente celebrado con anterioridad, podía el marido vendedor

(3) En las dos Sentencias dictadas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en fecha 14 de marzo de 1960 (cfr. «Colección Legislativa de España»: Jurisprudencia Civil. Edición oficial, 1960, tomo LXXXVII, marzo *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, págs. 294 y 306) no hemos encontrado ningún dato, ni en los hechos ni en la doctrina jurisprudencial, que haga referencia al problema de enajenación de bienes gananciales aquí planteado. Por ello, prescindimos de esa remisión (quizá erróneamente recogida en el texto del *Boletín Oficial del Estado* en que se contiene el recurso), y nos limitamos al examen de las otras tres Sentencias.

cumplir por si solo esta obligación contractual antes nacida. Tesis ésta que resulta relativamente lógica o parece, por lo menos, defendible.

El problema era, pues, de puro derecho transitorio. Negada la retroactividad de la Ley de 1958, seguía vigente la normativa anterior en este concreto punto de la disposición por el marido de los inmuebles gananciales. Dado que la formalización pública de la venta que ahora se exigía era mera consecuencia contractual de la venta anterior válidamente celebrada por el marido. Pero este problema de derecho transitorio, como tal, nada tiene que ver con el caso que nos ocupa. Su resolución, en base a ese prudente criterio de irretróactividad, no puede aplicarse por analogía a otros casos en que el derecho transitorio no juegue. Y por eso no nos sirve.

Aunque en esta Sentencia, como mero «obiter dicta» y sin conexión con el problema discutido, que ya había sido resuelto mediante aquella clara doctrina, se deslizó la peligrosa e infundada afirmación de que «otorgado válidamente un contrato, aun cuando contuviera algún vicio que pudiera privarle de eficacia, ello daría lugar a una acción de anulabilidad que sólo correspondería a la mujer y a sus herederos, pero nunca al propio marido otorgante del contrato y causante del vicio perseguido».

a.2. Sentencia de 13 de marzo de 1964: Se trataba de un caso parcialmente coincidente con el anterior. Se había celebrado en documento privado un contrato de permuta de un solar por dos casas sitas en Córdoba. Exigido judicialmente el cumplimiento del contrato y el otorgamiento de la escritura pública de transmisión de la propiedad del solar, el Juzgado de Primera Instancia de Palencia absolvió al demandado, pero la Audiencia de Valladolid revocó la Sentencia, estimó la demanda y declaró que el contrato de permuta, previamente concertado entre las partes, obligaba al demandado a formalizar escritura de transmisión de la propiedad del solar, siempre que se le transmitiera, a su vez, la propiedad de las casas permutadas. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

A continuación transcribo literalmente alguno de los sorprendentes argumentos que se contienen en esta decisión jurisprudencial: «La reforma del artículo 1.413 por la Ley de 24 de abril de 1958 no quiere decir que se implante un régimen de codisposición a título oneroso para ciertos bienes, sino que la potestad de disposición le corresponde al marido, único al que le pertenece la iniciativa para realizar dichos actos en los que la mujer no es parte, aunque los consienta. Este novísimo consentimiento 'uxoris', limitativo de las facultades del marido, integra un negocio de asentimiento por el que la mujer sanciona la repercusión de la disposición en su propia esfera jurídica, y tiene un estrecho parentesco y paralelismo con la licencia marital, pues los dos consisten en el levantamiento por uno de los cónyuges de la limitación impuesta al poder dispositivo del otro..., por lo que, en principio, parece viable aplicar por analogía, para solucionar las lagunas que la reglamentación del consentimiento 'uxoris' origina, las soluciones elaboradas por la doctrina, tanto científica como legal, a propósito de la licencia marital... La 'ratio iuris' del artículo 1.413 consiste en conceder a la mujer una protección amplia y eficaz de sus intereses en la sociedad de gananciales, los que pueden llevarla a la confirmación o ratificación del acto dispositivo o a su impugnación para que sea ineficaz frente a ella, originando una anulabilidad que sólo se produce si la mujer, o en su caso sus herederos, la pide, pues al

ser ella la destinataria del sistema protector instaurado por el nuevo artículo 1.413, es la única legitimada para ejercitar la pertinente acción, por lo que el acto sólo es ineficaz si la mujer así lo pide y cuando lo pida... Siendo el marido responsable frente a su contratante de los compromisos que contrajo, al instar éste el cumplimiento, no tiene que demandar para ello a la mujer, contra la que carece de acción, ni hay obstáculo para cumplirlo mientras la esposa no lo impugne en forma adecuada..."

a.3. *Sentencia de 21 de abril de 1964: Se había celebrado un convenio transaccional en documento privado por virtud del cual el demandado vendió a la actora una finca rústica que había sido objeto de juicio de retracto, suspendido a petición de las partes. A cambio de esa venta, la actora desistía del procedimiento iniciado. Al no cumplir el demandado su compromiso, la actora interpuso demanda contra el mismo para lograr la efectividad del contrato de venta. El demandado se opuso, alegando que se trataba de una finca ganancial, que su esposa no había tenido intervención en el contrato y que se negaba en absoluto a efectuar la enajenación. El Juzgado de Primera Instancia de Guía de Gran Canaria estimó la demanda. La Audiencia confirmó la sentencia. Y el Tribunal Supremo no dió lugar al recurso de casación*

La presente Sentencia reitera en este caso el criterio jurisprudencial de las dos Sentencias anteriores últimamente referidas, y argumenta en apoyo de su resolución lo siguiente: Que el poder de disposición de los bienes gananciales de las características a que se refiere el artículo 1.413 del Código civil, que tradicionalmente correspondió al marido, no ha pasado a corresponder conjuntamente a ambos cónyuges, sino que, continuando en él, la mujer puede potestativamente asentir o no al acto dispositivo, correspondiendo exclusivamente a ella, o en su caso a sus herederos, a la protección de cuyos intereses se dirige el artículo 1.413, el impugnar los actos en que no haya sido prestado un consentimiento susceptible de ser expresado «a posteriori» y, por consiguiente, carente de entidad bastante a imprimir la nulidad radical al acto realizado por quien está facultado por la Ley para realizarlo y para el, que la prestación del consentimiento «uxorio», sólo tiene como consecuencia el privar a la mujer de este derecho de impugnación...

Además, en otra Sentencia muy reciente de 3 de marzo de 1969, ha vuelto a repetirse casi con las mismas palabras idéntico criterio. Aunque parece que también aquí, la doctrina del Tribunal Supremo sobre la naturaleza del consentimiento «uxorio» quedaba un poco al margen del problema de fondo planteado en el recurso de casación (4).

Dejando ahora aparte las Sentencias de 14 de marzo de 1960, 7 de febrero de 1964 y 3 de marzo de 1969, por las razones de improcedencia ocasional ya apuntadas, vamos a referirnos sólo a la doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias de 13 de marzo y 21 de abril de 1964, las más típicas en su formulación constructiva. Con todos los respetos para nuestro más alto Tribunal, la doctrina del Tribunal Supremo contenida en dichas dos Sentencias nos parece inaceptable. Entre otras razones, por las siguientes:

(4) Vid. Nota a esta Sentencia por Jesús Díez del Corral, en «A. D. C.», XXII-II, pág. 424.

1. La tesis de la equiparación con la licencia marital nos resulta inadmisibles en absoluto. He aquí algunas de las diferencias existentes entre ambas figuras.

a') La licencia marital sirve para completar la capacidad dispositiva de la mujer casada, la cual capacidad de obrar se encuentra relativamente limitada por razón de la unidad de dirección patrimonial que en la familia corresponde al marido. Teniendo en cuenta, además, que los frutos de los bienes parafernales repercuten en la sociedad conyugal.

Mientras que el consentimiento de la mujer para los actos dispositivos no completa ninguna limitación en la capacidad de obrar del marido, ni viene determinada por su unidad de dirección, sino todo lo contrario: arranca de la cotitularidad que ambos cónyuges tienen sobre los bienes gananciales y encierra un régimen de codisposición.

b') La licencia del marido para la enajenación de los parafernales de la mujer se proyecta sobre bienes ajenos. Mientras que el consentimiento de la mujer para la disposición de los gananciales recae sobre bienes propios (comunes).

c') Aunque relativos a un mismo género negocial (actos dispositivos), el consentimiento y la licencia son términos técnicos radicalmente distintos.

d') La falta de licencia sólo hace anulable el acto a instancia del marido o de sus herederos: anulabilidad o invalidez relativa para proteger el interés del marido.

Por el contrario, la falta de consentimiento de la mujer, cuando es necesario, excluye la validez del acto dispositivo frente a los adquirentes en el mismo. Porque falta el debido ejercicio de la facultad dispositiva por parte de uno de los sujetos a quienes la Ley atribuye conjuntamente esa facultad (5).

e') La institución de la licencia marital obedece a una concepción ya superada de incapacidad de la mujer casada y paternalismo del marido sobre los bienes propios de la esposa. En una próxima reforma del Código civil, no es aventurado suponer que desapareciera tan anticuado mecanismo, no conforme con la mentalidad actual.

Mientras que el consentimiento «uxoris» responde a una concepción más moderna de igualdad del marido y la mujer dentro del matrimonio, de cotitularidad sobre los bienes comunes y gananciales y de disposición conjunta de ellos; o, al menos, de los más importantes de ellos. Precisamente el consentimiento de la mujer ha aparecido en una reciente reforma, como reacción frente a la antigua concepción patriarcal.

(5) Salvo supuestos excepcionales que ahora no interesa recordar (ejemplo: titularidades de disposición sin correlativa atribución patrimonial), para la validez de un acto de enajenación se requiere: a) que el enajenante sea dueño; b) que pueda disponer sin limitación. Cuando falta alguno de estos requisitos, el acto dispositivo no llega a consumarse. Sin perjuicio, claro, de sus presuntos efectos frente a terceros adquirentes de buena fe. De acuerdo con tan simplista esquema la falta de facultad dispositiva o su limitación, invalidan el nacimiento del acto dispositivo válido. Que es lo que aquí ocurre, cuando la mujer no consiente. Porque la facultad de disponer se atribuye a ambos cónyuges, y no a uno solo de ellos.

2 A la vista del actual artículo 1413 no se puede afirmar, como hace el Tribunal Supremo en las Sentencias referidas, que el poder dispositivo sobre los bienes inmuebles y establecimientos mercantiles de naturaleza ganancial corresponde exclusivamente al marido. Y que la mujer no es parte en dichos actos, aunque los consienta.

Basta un análisis somero de las palabras empleadas en el texto legal, y del problema práctico que con el mismo se quiere disciplinar, para darse cuenta de que prestar el consentimiento para la disposición equivale a disponer. El acto dispositivo negocial se realiza mediante la prestación del correspondiente consentimiento. Desde el punto de vista de la estructura del negocio y de los requisitos de su validez, consentir equivale a disponer. La fórmula legal es terminante al respecto. No habla de asentir a un acto de disposición ajena, ni de conceder la licencia al acto realizado por el marido. Sino de consentimiento dispositivo de la mujer. De donde resulta claramente que, en el nuevo artículo 1413, se atribuye a la mujer la facultad dispositiva sobre aquellos determinados bienes, al mismo tiempo que al marido y conjuntamente con él. Como reflejo de su titularidad jurídico-patrimonial de dominio sobre esos mismos bienes. Que es también conjunta.

Como es bien sabido, la facultad de disposición se concibe por la doctrina dominante como independiente de las demás facultades que integran el contenido típico de cada derecho subjetivo disponible. La atribución de esa facultad dispositiva puede no coincidir con la titularidad del derecho básico. En cada caso, la Ley concede esa facultad de disponer a quien corresponda. En materia de bienes inmuebles y establecimientos mercantiles gananciales, la Ley podía haber atribuido la facultad dispositiva exclusivamente al marido. Y durante mucho tiempo ha sido así. Pero la reforma de 1958 ha venido a cambiar las cosas. Para lograr una mejor protección del interés de la mujer, y valorando positivamente su intervención activa en la sociedad conyugal, la facultad dispositiva respecto a esos concretos bienes gananciales se atribuye hoy legalmente a ambos cónyuges de manera conjunta. Sólo los dos esposos, marido y mujer, podrán conjuntamente realizar un acto dispositivo válido sobre este tipo de bienes gananciales. Porque a los dos se concede por la Ley, de manera conjunta, esa facultad. Cuya titularidad es presupuesto básico de la validez del acto dispositivo. Todo ello salvo el caso excepcional de negativa infundada de la mujer a prestar su consentimiento. Lo que, naturalmente, abre la puerta a la autorización judicial supletoria.

Por eso, no se trata de que la falta de consentimiento de la mujer produzca sólo la mera nulidad relativa o anulabilidad, sino de que entonces el acto dispositivo es incompleto e ineficaz. Porque así lo ha querido la Ley.

Y claro que tampoco se puede afirmar que la mujer no sea parte en el acto dispositivo, aunque lo consienta. Porque en el plano de la legitimación procesal y material, el concepto de parte se opone al de tercero. Partes son las personas que intervienen, activa o pasivamente, en la realización de un acto jurídico. Terceros son las personas ajenas a ese acto. Por lo que, la mujer que presta su consentimiento al acto dispositivo, es indudablemente parte en el mismo, como interviniente y actora en su realización (6). Y en ningún caso puede ser considerada como tercera o ajena a dicho acto.

(6) Aunque el momento cronológico en que la mujer presta su consentimiento no coincida en el tiempo con el consentimiento del marido, y sea

3. La tesis del Tribunal Supremo confunde la protección del interés de la mujer en la sociedad conyugal con la forma jurídica de regular esa protección. Evidentemente que la reforma de 1958 pretendió, entre otras finalidades, la mayor protección de los intereses de la mujer dentro de la sociedad de gananciales. Evitar que pudiera quedar perjudicada por el mayor ámbito de poder reconocido anteriormente al marido y por el posible ejercicio abusivo o dañoso de ese poder. Pero esa finalidad genérica de protección podía conseguirse en la realidad de muy distintas maneras, a través de diversos mecanismos jurídicos: rescisión por lesión, acción de impugnación por la mujer sólo en caso de perjuicio, crédito privilegiado de la mujer para recobrar lo indebidamente perdido, disolución anticipada de la sociedad conyugal y liquidación inmediata de su patrimonio, intervención necesaria de la mujer en la enajenación de toda clase de bienes o de parte de ellos, etcétera, etc.

Lo que importa es descubrir con claridad cuál es el instrumento utilizado por la Ley para conseguir esa protección. Interpretarlo correctamente y aplicarlo de acuerdo con su estructura normativa y su finalidad social. Para conseguir esa protección del interés de la mujer, el nuevo artículo 1.413 ha seguido tres caminos: a) consentimiento de la mujer para la disposición de determinada clase de bienes; b) aseguramiento judicial frente a los actos dispositivos del marido sobre los demás bienes; c) no perjuicio a la mujer por los actos dispositivos del marido ilegales o fraudulentos.

De estas tres posibles medidas protectoras, que aparecen respectivamente sancionadas en los tres párrafos del nuevo artículo 1.413, nos estamos refiriendo a la primera de ellas, única que ahora nos interesa. Pues bien, en relación con ella, es claro que la medida legal discurre por el cauce de exigir el consentimiento de la mujer para la disposición de inmuebles y establecimientos mercantiles. No cabe, pues, confundir la finalidad genérica de protección a la mujer con la específica manera con que aquella protección se realiza en el presente caso. Ni estimar, como hace el Tribunal Supremo, que la mujer queda suficientemente protegida con la posible impugnación de los actos del marido que le perjudiquen (tesis de la anulabilidad a instancia de la mujer). Porque esto último podrá justificarse en su caso con la norma contenida en el párrafo 3.º del artículo 1.413. Pero no con la que sanciona el párrafo 1.º, a cuya concreta interpretación nos estamos dedicando ahora.

4. No cabe decir que con la reforma del artículo 1.413 y el consentimiento «uxoris» que el párrafo 1.º de dicho artículo impone a la mujer ya no le afectan los actos fraudulentos o perjudiciales del marido. De donde se concluye que a la mujer perjudicada le basta con impugnar el acto dispositivo del marido. Y este acto, que es anulable si la mujer no lo ha consentido, quedará sin eficacia sólo en el caso de que tal impugnación se formalice «a posteriori». De modo que, si la mujer no solicita su nulidad, el acto será válido y producirá todos sus efectos, aunque la mujer no haya intervenido en el mismo.

No es admisible esta interpretación. Porque va en contra de la letra y del espíritu del artículo 1.413. Y porque no es cierto que a la mujer no le afecten los actos dispositivos del marido sobre bienes in-

anterior o posterior al mismo. Que eso no importa ahora, supuesta la posibilidad—que la propia Dirección General reconoce—de ese consentimiento no simultáneo para la validez del acto.

muebles en virtud de la reforma de 1958. Ya que ese no perjuicio de la mujer, que arranca del párrafo 3.º del artículo 1.413 del Código civil, se producía igualmente con el antiguo texto del 1.413, párrafo 2.º En ningún caso la mujer queda legalmente perjudicada por los actos ilegales o fraudulentos del marido. Para eso no hacía falta la reforma del artículo 1.413. Además de que no es ése el problema que aquí se plantea. La reforma de 1958 ha ido mucho más lejos. Ha impuesto el necesario consentimiento de la mujer, junto con el del marido, para la válida enajenación de los inmuebles gananciales Nueva valoración social del papel de la mujer en la sociedad de gananciales y atribución a ella de la facultad dispositiva. Sin su intervención, el acto dispositivo es incompleto, inválido e ineficaz. Todo ello al margen de su posible perjuicio y ejercicio de la acción de nulidad en los demás casos.

5. Ante la afirmación del Tribunal Supremo de que el acto dispositivo sobre inmuebles gananciales no consentido por la mujer es un acto meramente anulable, válido mientras no se impugne por la propia mujer o sus herederos, cabe oponer lo siguiente: Que los supuestos de anulabilidad son únicamente los recogidos como tales en la Ley, sin que puedan ampliarse fuera de ella los casos en que entra en juego esta específica acción de impugnación.

Según la doctrina más autorizada, la enumeración hecha en el artículo 1.301 del Código civil de las clases de defectos o vicios a los que se aplica el sistema de anulabilidad, puede considerarse exhaustiva. Salvo, claro es, los casos en que Leyes especiales utilicen el mismo sistema para otros supuestos. Se trata de negocios hechos por personas incapaces o cuyo consentimiento está viciado (7).

Frente al criterio general de la nulidad de los actos contrarios a la Ley, la anulabilidad es una excepción. Su aplicación debe interpretarse restrictivamente y no puede ampliarse a supuestos distintos que los que la Ley sanciona con esta acción.

Como el artículo 1.413 no recoge expresamente el grado de ineficacia del negocio dispositivo realizado sin consentimiento de la mujer, ni atribuye a ésta o a sus herederos el ejercicio de la acción de impugnación, ni puede estimarse que el marido sea persona incapaz para disponer de los inmuebles gananciales (8), ni que su consentimiento unilateral resulte viciado, la conclusión que se obtiene parece evidente: no es posible calificar a aquel acto incompleto como un negocio anulable, ni conceder a la mujer en virtud de esa errónea interpretación la acción para pedir la nulidad de la disposición en que no ha intervenido.

6. Según la doctrina jurisprudencial que estamos criticando, no hay que demandar a la mujer cuando se reclama judicialmente la formalización de una escritura de venta de finca ganancial, previamente transmitida en documento privado, porque el demandante carece de acción contra la esposa y sólo hay que dirigir la demanda contra el marido.

(7) FEDERICO DE CASTRO: *El negocio jurídico. Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, volumen X. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, págs 500 y 497

(8) Resulta clara la diferencia entre incapacidad de obrar para un acto concreto y falta de la completa titularidad de la facultad dispositiva, cuando ésta se atribuye por la Ley a dos personas conjuntamente y no a una sola con carácter exclusivo. Capacidad de obrar y poder de disposición son cuestiones distintas.

Frente a esta opinión, entiendo que la legitimación procesal pasiva en un litigio, como el que nos ocupa, deriva precisamente de la legitimación pasiva, material o substantiva, del papel que a la mujer corresponda jugar conforme a la Ley civil en el acto dispositivo cuya realización se demanda. Si la mujer viene obligada a prestar su consentimiento para la validez del acto, y no sólo el marido, también contra ella deberá dirigirse la demanda. Porque sólo así podrá tener acabado cumplimiento la pretensión procesal formulada. La legitimación pasiva, que a la mujer corresponde en la relación jurídica procesal, arranca de su legitimación pasiva en la relación jurídica material. Luego volveremos sobre este problema.

7. En sentido técnico jurídico, la confirmación es la subsanación del negocio anulable realizada mediante la declaración de voluntad de quien puede hacer valer el vicio del acto y que renuncia a la acción de nulidad. Significa la purificación del negocio de los vicios de que adolece y su plena validez (9). De acuerdo con lo dicho hasta aquí, no puede entenderse que la intervención de la mujer en la venta realizada por el marido sea un supuesto de confirmación. Que la mujer confirme el acto dispositivo del marido, como afirma el Tribunal Supremo. Porque la disposición hecha sólo por el marido es un acto incompleto, pero no anulable.

8. La norma contenida en el artículo 94 del Reglamento Hipotecario, según la cual son inscribibles los actos otorgados por mujer casada sin licencia marital, haciéndose constar en la inscripción la omisión de tal requisito, debe ser interpretada restrictivamente y no puede extenderse a supuestos distintos de los que expresamente contempla. Dicha norma constituye excepción a uno de los principios fundamentales de nuestro sistema de publicidad registral: la necesaria perfección material y formal de los actos jurídicos para que sean inscribibles. Al servicio de esta necesidad está la función calificadora. Para lograr una mayor seguridad en el tráfico.

Tanto por esta razón, como porque no admitimos la analogía del consentimiento «uxoris» con la licencia marital, estimamos que no puede ser de aplicación dicho artículo 94 a los actos dispositivos realizados por el marido sin consentimiento de la mujer.

9. La interpretación que del artículo 1.413 hace el Tribunal Supremo en las Sentencias antes expresadas va en contra de su propia letra. En cuanto desvirtúa el necesario consentimiento para la disposición sustituyéndolo por una mera acción de impugnación. Y, sobre todo, defrauda el espíritu inspirador de la reforma de 1958. Que no fue otro, en este punto concreto, que el de imponer una mayor intervención activa de la mujer casada en los actos dispositivos de los bienes gananciales más importantes.

10. Al margen de estos aspectos formales, tenemos otro problema de fondo más importante, que aquí se plantea: el de determinar cómo valora la sociedad española actual a la mujer casada, por el mero hecho de serlo, en su esfera de capacidad personal y patrimonial. Frente a este interrogante caben dos respuestas: Una, retrógrada. Que concibe a la mujer como sometida a la libre decisión del varón en las cosas comunes. Otra, más progresista. Que parte de la igualdad de sexos en la convivencia matrimonial.

(9) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil*, tomo I, vol. II. Madrid, 1956, pág. 693. DE CASTRO, loc. cit., pág. 502.

Se trata de un problema sociológico de indudable gravedad. La reforma de 1958 se orientó timidamente por el segundo camino (10). Como reacción frente a la anticuada concepción patriarcalista del C.c. y para evolucionar un poco al nivel de los tiempos presentes. La interpretación del Tribunal Supremo que aquí se critica desvirtúa la orientación más moderna de la reforma y vuelve a la más antigua, censurable e injusta mentalidad. Desde el punto de vista sociológico, resulta triste comprobar este dato tan poco consolador. No olvidemos que los juristas trabajamos para servir a la justicia y cumplir la Ley, reformando a la sociedad de sus viejos prejuicios.

b) *El segundo argumento en que se basa la Dirección General en el presente recurso consiste en la tesis, igualmente mantenida por el propio Tribunal Supremo, de que la relación jurídico-procesal entre los contendientes está bien constituida cuando quien contrató con el marido demanda solamente a éste, pues no es preciso que se demande también a la mujer, ya que carece de acción contra ella. De donde se concluye que la demanda está bien formulada y se permite su anotación.*

Siguiendo las ideas antes expuestas, no hace falta insistir mucho para comprender que tampoco estamos de acuerdo en absoluto con esta opinión. Vamos a prescindir por un momento de conceptos doctrinales o de discusiones teóricas, y contemplemos el problema humildemente en su específica realidad de hecho. Al interponer la demanda contra don Alfonso del Río, don Alfredo Alvarez pretendía que aquél se aviniese a cumplir lo pactado previamente en un documento privado de venta y otorgase la correspondiente escritura pública en favor del comprador. Para que éste tuviera título público de su adquisición y pudiera inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad. Se trataba, en definitiva, de exigir el cumplimiento de una obligación de hacer: prestación de consentimiento para la venta ante notario.

¿Quiénes estaban obligados a esta prestación de consentimiento? ¿Quiénes eran los deudores en esta obligación de hacer? Por virtud del contrato privado anterior, título del que dimanaba la obligación reclamada, el facere cuyo cumplimiento se exigía se traduce en la conducta necesaria para que la venta se formalice válidamente en favor del comprador. Aunque no resulta claro de los hechos expuestos, es probable que en el documento privado sólo actuara como vendedor don Alfonso del Río y no su esposa, doña Guadalupe García. Si es así ello no haría más que subrayar las ineficaces consecuencias de los docu-

(10) *Cabría afirmar, en contra de la opinión que aquí se defiende, que la concesión a la mujer de la facultad dispositiva sobre los bienes gananciales, se limita legalmente a un grupo de ellos: los inmuebles y los establecimientos mercantiles. Y que respecto a todos los demás bienes comunes, algunos de ellos de posible valor económico superior al de los inmuebles (títulos mobiliarios de participación en el patrimonio de grandes y prósperas empresas), sigue el marido conservando plena independencia y unidad de dirección y poder de disposición no compartido.*

Pero tales observaciones no son obstáculo a nuestra tesis. Porque cuando el marido disponga de los otros bienes, no inmuebles ni establecimientos mercantiles, con grave riesgo para la sociedad conyugal, la mujer puede pedir al Juez medidas de aseguramiento. Porque el poder monárquico del marido lleva aparejada su correspondiente responsabilidad frente a la mujer por gestión defectuosa o disposición fraudulenta. Y porque la reforma de 1958 se ha hecho timidamente y no ha llegado a más en su formulación. Pero ya es sintomático que haya consagrado la necesaria intervención de la mujer (diarquía) en la disposición de los bienes socialmente más importantes, aunque no siempre sean los más valiosos económicamente. Cfr. en este sentido el artículo 39 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

mentos privados redactados sin el debido asesoramiento técnico. Y reiterar la necesidad del documento público notarial para que los contratos queden válidamente establecidos.

Lo cierto es que, por virtud de lo dispuesto imperativamente en el artículo 1.413 C.c., el consentimiento para la venta del olivar en cuestión debería ser prestado por don Alfonso del Río y su esposa conjuntamente, para que don Alfredo Alvarez pudiera comprar válidamente. De otra manera, si sólo compareciera ante notario don Alfonso del Río, la venta no sería perfecta, se trataría de un negocio jurídico incompleto y el comprador no podría llegar a ser dueño de la finca en virtud de ese título contractual. De acuerdo con la interpretación del artículo 1.413 que aquí se defiende y que parece más razonable.

No hace falta acudir a la teoría de la "renovatio contractus" del negocio jurídico notarialmente formalizado para comprender que, si no comparecían el marido y la mujer como vendedores ante notario, la compraventa no podía realizarse. Ni el comprador resultar jurídicamente protegido. Todo esto aunque el documento privado hubiere sido firmado sólo por el marido, y con independencia de ello. En resumen, por ministerio de la ley, la obligación de prestar el consentimiento como vendedores en el contrato de compraventa recaía sobre marido y mujer. Y no sólo sobre el marido.

De no estimarse así, el comprador podía evidentemente dirigirse contra el esposo vendedor. Porque no se puede negar que tenía acción contra el mismo. Pero si triunfase la pretensión contenida en la demanda, tanto si el demandado prestaba su consentimiento, como si éste era suplido por el Juez en trámite de ejecución de sentencia ante la negativa del obligado, en ambos casos el contrato así formalizado sería incompleto, ineficaz. El comprador no podría entonces inscribir su dominio. Y para ello tendría que dirigir un nuevo pleito contra la esposa del vendedor. Para que, otorgado por esta su consentimiento para la venta, o prestada la autorización judicial subsidiaria, pudiera perfeccionarse e inscribirse la compra del olivar. Lo cual demuestra prácticamente la necesidad procesal de dirigirse contra los dos cónyuges titulares.

Como resumen de toda esta crítica jurisprudencial, en nuestra opinión la demanda interpuesta por don Alfredo Alvarez en el presente caso no debería ser susceptible de anotación preventiva. De acuerdo con la calificación del Registrador. Por no dirigirse dicha demanda contra los dos titulares registrales de la finca afectada.

III. Todavía se señalaron en este recurso dos defectos en el mandamiento judicial objeto de calificación: la omisión del estado civil y profesión del demandado, y la de los linderos de la finca. La Dirección General no considera que estas omisiones impidan la anotación solicitada, por estimar que tanto el estado civil del vendedor como la descripción de la finca reclamada constaban ya en el Registro y habían sido identificados ambos por el Registrador. Y al no exigir la L. H. para las anotaciones los mismos requisitos que para las inscripciones, no constituyen obstáculo suficiente para suspender la anotación.

Por la extensión desproporcionadamente larga de estas notas, no podemos ya entrar con detalle en estos dos problemas de calificación así planteados. Ello nos llevaría al estudio de otro tema interesante: la interpretación conjunta de los artículos 9 L. H. y 51 de su Reglamento por un lado, y de los artículos 72-1 y 73 L. H. y 166 R. H. por otro.

Sólo diremos, para terminar, que tampoco estamos de acuerdo con el criterio del Centro Directivo en este caso: a) Porque la determinación del estado civil del demandado resultaba imprescindible. No sólo para

su debida identificación personal, sino sobre todo como requisito para la adecuada función calificadora del Registrador, que debia estimar incompleta la demanda si no se dirigia también contra la esposa, y debia por tanto conocer si el demandado estaba casado al iniciarse el proceso.

b) Porque la fijación de los linderos parece necesaria para la clara descripción de la finca. De no ser así, la identificación de la finca por el Registrador sólo podía basarse en conjeturas o indicios. Y ello es contrario a la responsabilidad que encierra la grave tarea de dispensar la publicidad registral.

M. A. G.